

RESOLUCIÓN (Expte. 514/01, IBERIA)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 1 de abril de 2002.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 514/01 (1899/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio), incoado por denuncia formulada con fecha 21 de octubre de 1998 por D. Enrique Fernández de Alarcón González, actuando en nombre y representación de la UNIÓN CATALANA DE AGENCIAS EMISORAS DE VIAJES (en adelante, UCAVE), contra la compañía IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. (en adelante, IBERIA), por supuestas conductas prohibidas por el art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) consistentes en el posible abuso de posición de dominio al modificar los sistemas de retribución a las agencias de viajes por la venta de billetes y establecer descuentos de fidelidad, con el objeto o el efecto de eliminar, o al menos evitar, la venta de billetes por parte de sus competidores actuales o potenciales.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente se inició como consecuencia de la denuncia formulada, con fecha 21 de octubre de 1998, por D. Enrique Fernández de Alarcón

González, actuando en nombre y representación de UCAVE, contra IBERIA, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en el posible abuso de posición de dominio al modificar los sistemas de retribución a las agencias de viajes por la venta de billetes y establecer descuentos de fidelidad, con el objeto o el efecto de eliminar, o al menos evitar, la venta de billetes por parte de sus competidores actuales o potenciales.

2. Por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 20 de septiembre de 1999 el Servicio acordó la admisión a trámite y la incoación del oportuno expediente sancionador contra IBERIA por prácticas prohibidas en el artículo 6 de la LDC.
3. El Servicio recogió los hechos que consideró constitutivos de infracción en el Pliego de Concreción de Hechos, formalizado con fecha 7 de septiembre de 2000.
4. Con fecha 20 de marzo de 2001, el Servicio de Defensa de la Competencia emitió el correspondiente Informe-Propuesta en el que se proponía:

“Primero.- *Que se declare la existencia de conducta prohibida por el art. 6 de la LDC consistente en la implantación de un sistema de retribución a las Agencias de viajes por la venta de billetes que establece descuentos de fidelidad limitativo de la competencia.*

Se consideran responsables a IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, S.A.

Segundo.- *Que se intime a los imputados a que se abstenga en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes, según prevé el art. 9 de la LDC.*

Tercero.- *Que se tenga en cuenta lo expresado a lo largo de este escrito, a efectos de valorar la cuantía de la correspondiente sanción económica.*

Cuarto.- *Que se ordene a Iberia la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el B.O.E., en uno de los diarios de mayor tirada nacional, y en un diario de gran tirada en la provincia de Madrid, de conformidad con el art. 46.5 de la LDC.*

Quinto.- *Que se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el art. 46 de la LDC que el Tribunal considere procedentes.”*

5. El expediente fue recibido en el TDC el 29 de marzo de 2001 y fue admitido a trámite en el Pleno del 3 de abril de 2001. Con fecha 6 de abril de 2001, el TDC dictó Providencia de admisión a trámite del expediente, nombró Vocal ponente a D. Luis Martínez Arévalo y abrió el plazo establecido en el art. 40 LCD para que las partes propusieran las pruebas que estimaran necesarias y solicitaran la celebración de vista.
6. Mediante escrito de 30 de abril de 2001 IBERIA propuso prueba y consideró inoportuna la celebración de Vista; mediante escrito de 23 de mayo de 2001, SPANAIR, parte interesada en el expediente, propuso prueba y solicitó la celebración de Vista; mediante escrito de 25 de mayo de 2001, UCAVE propuso prueba y solicitó la celebración de Vista.
7. Mediante Auto de 17 de diciembre de 2001 el Tribunal denegó la celebración de Vista y aceptó la práctica de las siguientes pruebas:
 - 7.1. Incorporación al expediente de los distintos escritos remitidos por las partes.
 - 7.2. Que se requiera a la entidad INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION (IATA) los siguientes datos:
 - 7.2.1. *Ventas totales de billetes de transporte aéreo realizadas por todas las agencia de viajes, ubicadas en España, participantes en el sistema BSP (Billing and Settlement Plan) durante los años 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000, con indicación expresa de las cifras correspondientes a ventas brutas y ventas netas y distinguiendo entre mercado doméstico y mercado internacional.*
 - 7.2.2. *Ventas totales de billetes de transporte aéreo de las compañías integradas en el grupo Iberia (Iberia, Aviaco, Viva, Binter Canarias y Binter Mediterránea), realizadas por todas las Agencias de Viajes, ubicadas en España, participantes en el sistema BSP (Billing and Settlement Plan) durante los años 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000, con indicación expresa de las cifras correspondientes a ventas brutas y ventas netas y distinguiendo entre mercado doméstico y mercado internacional.*

7.3. Que se requiera a la entidad AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA), a fin de que aporte al expediente los datos siguientes:

- a) *Cifra total de las rutas domésticas operativas en España durante los años 1996 a 2000, ambos inclusive, con indicación del total que ha correspondido a cada compañía aérea que opera en este mercado.*
- b) *Cifra total de rutas internacionales que se han operado con salida desde España durante los años 1996 a 2000, con indicación del total que ha correspondido a cada compañía aérea que opera en este mercado.*

7.4. Que se requiera a la entidad AENA a fin de que aporte al expediente el dato consistente en el porcentaje que representan los *slots* o derechos de aterrizaje y despegue de las compañías del Grupo IBERIA en los aeropuertos españoles respecto del total de los derechos de aterrizaje concedidos, con desglose de este dato distinguiendo si es posible rutas domésticas y rutas internacionales, y refiriendo estos datos a los años 1996 a 2000.

7.5. Que se requiera a la entidad IBERIA a fin de que aporte al expediente los siguientes datos:

- a) *Número total de agencias de viaje con las que trabaja en España.*
- b) *Número total de agencias de viaje que se han adherido al Sistema Valor '98 y a las que por tanto se han liquidado comisiones conforme dispone el citado Sistema.*
- c) *Importe total de las comisiones abonadas por IBERIA a las Agencias de Viaje durante los años 1996 y 1997 en pago de los servicios de mediación prestados por las mismas por la venta de billetes de pasaje aéreo con indicación de los correspondiente a ventas domésticas, ventas internacionales y, en su caso, otros conceptos que correspondan.*
- d) *Importe total de las comisiones abonadas por IBERIA a todas las Agencias de Viaje (sin distinguir entre Agencias adheridas a Valor '98 y Agencias no adheridas) en pago de los servicios de mediación prestados por las mismas por la venta de billetes de pasaje aéreo con indicación de la correspondiente a ventas*

domésticas, ventas internacionales y, en su caso, separando comisiones fijas de comisiones variables (Creciberia y Destiberia).

8. Con posterioridad al envío de la documentación requerida, IBERIA, mediante escrito de 29 de enero de 2002, solicitó la confidencialidad de ciertos datos aportados en su escrito de solicitud de prueba; el Tribunal denegó dicha solicitud.

9. En sus conclusiones ante el Tribunal, IBERIA, en sustancia, alega :

9.1. Que, de acuerdo con lo establecido en la decisión de la Comisión Europea de 14 de julio de 1999, en el caso *Virgin/British Airways*, el mercado de referencia es el de las agencias de viaje.

9.2. Que en ese mercado de referencia IBERIA no ostenta posición de dominio *como comprador de servicios de agencias* ya que los datos aportados al expediente muestran que *las ventas de IBERIA representaron el 20% de las ventas de las agencias.*

9.3. Que difícilmente podría hablarse de abuso de posición de dominio para actos que se producen en el seno de una negociación colectiva en la que IBERIA se enfrentaba con una actuación conjunta de las agencias de viaje, actuación de éstas que supone una violación de las normas de competencia.

9.4. Que el Pliego de Concreción de Hechos y el Informe-Propuesta del Servicio aplican indebidamente la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia sobre descuentos de fidelidad por cuanto que no existe posición de dominio.

9.5. Que, además, la citada decisión de la Comisión Europea de 14 de julio de 1999, en el caso *Virgin/British Airways*, aplica incorrectamente la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia de las *sentencias Hoffman-La Roche y Michelin* por cuanto en éstas se establece doctrina respecto de un proveedor dominante, y no de un comprador dominante, como es British Airways en el mercado de los servicios de intermediación de billetes.

9.6. Que, incluso en el mercado del transporte aéreo, no podría hablarse de posición dominante de IBERIA ya que esta compañía ha perdido cuota de mercado; ese fenómeno se debe

al fuerte crecimiento de la oferta y se produce pese al crecimiento que experimenta el mercado en sí.

9.7. Que las primas de IBERIA no tienen efecto fidelizador en cuanto que:

9.7.1. Son inferiores a las del 12% que se aplica en el mercado.

9.7.2. El 52% de las agencias no cobraron prima variable en 1999.

9.7.3. Que, en las agencias que obtuvieron comisión variable, la venta de billetes de IBERIA creció un 10%, frente al 34% en la de crecimiento de los billetes de la competencia.

10. En su escrito de conclusiones al Tribunal, UCAVE señala:

10.1 Que IBERIA ostenta posición de dominio en los mercados de referencia geográfico y de producto; que el mercado de referencia de producto es el de las agencias de viaje ya que cualquier operador que desea intervenir en él tendrá una gran probabilidad de contratar con IBERIA.

10.2 Que, *en lo que respecta a las agencia de viajes, el abuso se materializa en la imposición de unas condiciones comerciales no equitativas.*

10.3 Que, en virtud de esas prácticas no equitativas, se ha producido un trasvase patrimonial desde las agencias de viajes a IBERIA; UCAVE estima que de resultas de esas prácticas, IBERIA ha obtenido un beneficio lícito de unos 54.000.000 €.

11. En su escrito de conclusiones al Tribunal, SPANAIR señala:

11.1 Que IBERIA ostenta una posición de domino en el mercado español de transporte aéreo regular de pasajeros, tal y como señaló el TDC en su Resolución de 29 de noviembre de 1999, al Expte. 432/98 Líneas Aéreas.

11.2 Que, en virtud de la situación anterior y de acuerdo con los razonamientos de la Comisión Europea en su decisión *Virgin/British Airways*, ostenta también una posición de dominio en el mercado de servicios prestados por las agencias de viajes

relativos a la venta de billetes de transporte aéreo, que es el mercado de referencia en este caso.

- 11.3 Que el sistema variable de retribución de las agencias constituye un abuso de posición dominante según la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Justicia y la Comisión Europea.
- 11.4 Que las agencias de viaje se encuentran en una situación en la que no puede rechazar la oferta de IBERIA y que, para esta compañía, resulta rentable seguir un comportamiento anticompetitivo.
12. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión del 21 de marzo de 2002.
- 13 . Son interesados:
 - UNIÓN CATALANA DE AGENCIAS EMISORAS DE VIAJES
 - IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.
 - SPANAIR S.A.

HECHOS PROBADOS

1. IBERIA es un operador cuya posición relativa en el mercado puede caracterizarse mediante los siguientes datos:
 - 1.1. El número de pasajeros transportados por el grupo IBERIA con origen y destino en aeropuertos españoles (en adelante, vuelos internos) ascendió, en el 2000, a 14.727.448 personas y, en el año 2001 a 14.693.097 personas; estas cifras representaban, respectivamente, el 67,1 y el 64,7% del total. La participación porcentual del grupo IBERIA en el tráfico total muestra en los últimos años un descenso, tras haber alcanzado, en 1998, un máximo local del 73,3%.
 - 1.2. El número de pasajeros transportados por el grupo IBERIA en el marco de las relaciones aéreas entre nuestro país y el extranjero (en adelante, vuelos internacionales) ascendió, en 2001, a 10.166.749 personas, lo que supone el 20,7% del total; ese porcentaje desciende de forma ininterrumpida desde 1997, primer año para el que se dispone de datos en el expediente, cuando alcanzó el 26,9%.

- 1.3. Los datos aportados al expediente muestran que IBERIA tiene una utilización de derechos de aterrizaje en vuelos nacionales (en invierno del 2000) del 100% en Melilla, del 93% en Valverde, del 87% en Granada, del 58% en Jerez y del 50% en Oviedo. En Madrid el porcentaje es del 26% y en Barcelona del 27%.
- 1.4. Los datos aportados al expediente muestran que IBERIA tiene una utilización de derechos de aterrizaje en vuelos internacionales que, en el invierno de 2000, alcanzaba valores máximos en Madrid, 15%; Vigo, 14% y Santiago, 14%.
2. IBERIA tiene suscrito un acuerdo mediante el que establece su sistema de remuneración a las agencias de viajes; según los datos presentados por la propia compañía, ese acuerdo afecta a 5.986 de las 6.309 agencias operativas en noviembre de 2.001 (pág. 85 del expediente del Tribunal).
3. Entre junio de 1998 y junio del 2001, IBERIA ha venido aplicando un sistema de retribución compuesto por tres elementos: comisión básica, incentivo de crecimiento CRECIBERIA e incentivo de crecimiento DESTIBERIA. Los elementos de ese sistema son los siguientes:

- 3.1. Comisión básica sobre la venta de cada billete.

La comisión básica es la componente fija que se paga a la agencia por billete aéreo vendido en formulario Iberia. Esa comisión asciende al 7,5% del valor neto de las tarifas comisionables emitidas en los billetes internacionales y al 6,5% en los internos (neto sobre tarifa aérea). Se aplica el 9% a los billetes vendidos en formulario Iberia que tienen todos los cupones de vuelo cerrados para trayectos interinsulares nacionales (neto sobre tarifa aérea).

- 3.2. Incentivo de Crecimiento (Creciberia).

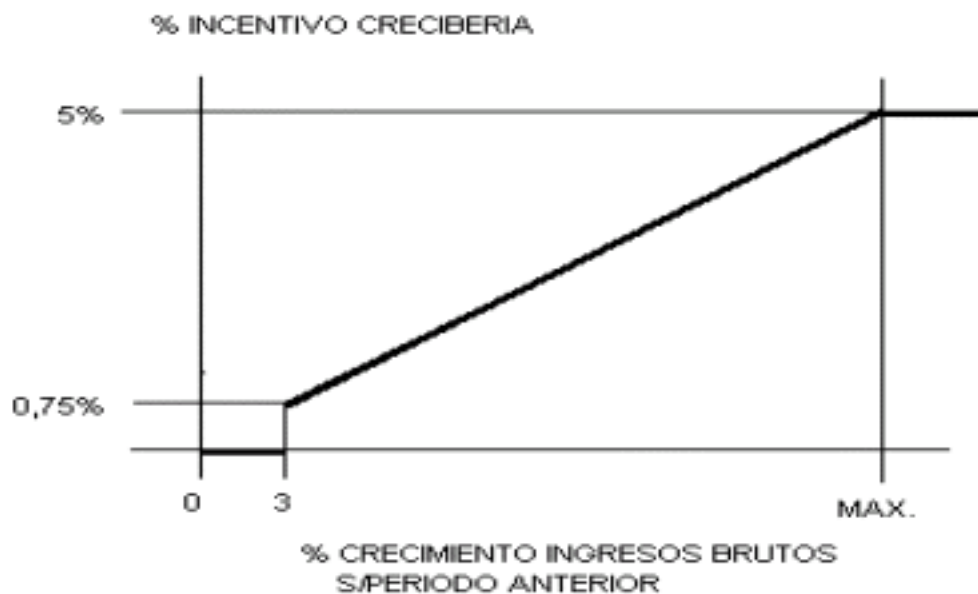
El incentivo de crecimiento es una cantidad variable que retribuye el crecimiento de los ingresos brutos conseguidos por las agencias de viajes en el período pactado, en relación con los obtenidos en el mismo período del año anterior. Según describe la mesa negociadora constituida por IBERIA y las agencias de viajes del sector (pág. 34 del expediente del Servicio):

“El incentivo de crecimiento es una cantidad variable que retribuye el crecimiento de los ingresos brutos conseguidos por la agencia de

viajes en el período pactado, en relación con los obtenidos en el mismo período del año anterior.

Este sistema sólo tendrá aplicación si el incremento de ingresos es igual o superior al 3%, en cuyo caso la agencia percibirá un 0,75% de incentivo. Dicha cantidad aumentará proporcionalmente al incremento de ingresos de la agencia hasta un máximo del 5%, en función de unos parámetros que serán establecidos con cada agencia de viajes con carácter previo a su aplicación”.

La siguiente función refleja ese incentivo:



$$\text{Creciberia} = \begin{cases} 0; & x < 3 \\ 0,75 + \beta x; & 3 \leq x \leq x_{\text{MAX}} \\ 5; & x > x_{\text{MAX}} \end{cases}$$

- donde Creciberia se encuentra expresado en % de remuneración sobre los ingresos incentivables.
- x = porcentaje de % de los ingresos brutos de la agencia sobre el periodo precedente.
- x_{MAX} = es un valor máximo que se negocia bilateralmente entre IBERIA y cada agencia.

3.3. Destiberia:

Es un incentivo variable que se otorga por el crecimiento de los ingresos netos conseguidos en ciertos destinos internacionales de IBERIA previamente determinados. Los destinos a los que se aplicará este incentivo se determinan por países (en el expediente se documenta el ejemplo de Alemania donde afecta a las ciudades de Stuttgart, Hamburgo, Munich y Berlín) y son los mismos para todas la agencias.

Cada destino tiene un porcentaje de incentivo (10, 15 ó 20 %) que se aplicará a los ingresos netos incrementales obtenidos en cada destino respecto al año anterior. La agencia tiene derecho a cobrar este incentivo, siempre que haya alcanzado durante el período de vigencia del acuerdo, por lo menos, un 95% de los ingresos brutos para Iberia conseguidos durante el mismo período del año anterior.

Las agencias con ingresos brutos anuales para Iberia inferiores a 100 millones de pesetas tienen un tratamiento diferente ya que se aplica un 15% a la suma de los ingresos incrementales obtenidos en el total de destinos incentivados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se plantea en el expediente la posible comisión por parte de IBERIA de una conducta prohibida por el art. 6 LDC consistente en la implantación de un sistema de retribución a las agencias de viajes por la venta de billetes limitativo de la competencia por establecer descuentos de fidelidad. Ello exige, en primer lugar, determinar cuál es el mercado de referencia y si IBERIA ostenta en él una posición de dominio.
2. El mercado de referencia.

Como punto de partida deben analizarse dos posibles mercados de referencia:

- a) el mercado del transporte aéreo (posiblemente subdividido en un mercado interno y otro relativo al transporte entre España y algún punto situado en el extranjero) .

b) el mercado de intermediación de títulos para el transporte aéreo .

El Tribunal comparte la exposición unánime de las partes y del Servicio en el sentido de que, en el caso presente, el mercado en cuestión es el de la intermediación de los billetes de transporte aéreo; en él aparecen unos oferentes de intermediación, que son las agencias emisoras, unos demandantes de intermediación, las compañías aéreas, se negocia una determinada mercancía, la propia intermediación, y se alcanza un precio de equilibrio, la comisión que remunera dicha intermediación. Dicho precio puede tener la dimensión de un vector, y no de un escalar, ya que, en lugar de una comisión única, puede fijarse una remuneración compuesta por diferentes conceptos.

El mercado de la intermediación de los billetes es conceptualmente distinto, como pone de relieve IBERIA en la alegación reseñada en los AH 9.1 y 9.6, del mercado de transporte aéreo, en el que los oferentes son las compañías de transporte aéreo, los demandantes son los propios pasajeros, la mercancía negociada son los servicios de transporte y el precio es el del billete. No obstante, el billete de avión constituye el insumo productivo fundamental en el negocio de intermediación que realizan las agencias, de tal forma que ambos mercados se encuentran estrechamente relacionados y la posición de dominio que pudiera ostentar una empresa en el mercado de transporte aéreo, al suponer un elevado grado de control sobre ese insumo esencial, se trasmite al mercado de intermediación de los billetes. Esta concepción es plenamente coherente, como pone de relieve SPANAIR en la alegación reseñada en el AH 11.2, con la resolución de la Comisión al caso *Virgin/British Airways*, cuyo párrafo (92) señala:

“La posición de BA en los mercados de transporte aéreo la convierte en un socio obligatorio para las agencias de viajes. Como ha señalado BA, es posible que el “passenger agency programme” (programa de agencias de pasajeros) de IATA le obligue a negociar con todas las agencias de viajes que reúnan determinados criterios objetivos. No obstante, lo que hace que BA goce de una posición dominante es el hecho de que las agencias de viajes se encuentran en una situación en que una enorme proporción de los billetes aéreos que venden son de servicios ofrecidos por BA, por lo que una proporción similar de sus ventas de servicios de transporte aéreo serán de esta compañía. Ello permite a BA actuar con independencia de las demás compañías aéreas que adquieren servicios de transporte aéreo prestado por agencias de viajes. Independientemente de las condiciones en las que BA adquiere estos

servicios a las agencias de viajes, éstas han de negociar con BA y aceptar que una gran proporción de los ingresos que obtienen por estos servicios correspondan a la venta de billetes de BA”.

Estas consideraciones, referidas a IBERIA, en lugar de BA, y a España, en lugar del Reino Unido, son plenamente aplicables, a pesar de la alegación de IBERIA contenida en el AH 9.6, al caso que se analiza.

Además, por sus especiales características, puede distinguirse entre un mercado de transporte en el que los puntos de inicio y de fin del trayecto se encuentran situados en territorio nacional (en adelante, mercado interno o mercado nacional) y otro en el que uno de esos puntos se encuentra situado en el extranjero (en adelante, mercado internacional).

3. La posición de dominio.

Los datos del HP 1.1 muestran que IBERIA ostenta una cuota de mercado superior al 60% en los itinerarios nacionales y del orden del 20% en los itinerarios con origen o destino en el extranjero (en adelante, itinerarios internacionales). La existencia de una elevada cuota de mercado no constituye, por sí misma, elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio por parte de una empresa en un determinado mercado. No obstante, a partir del caso 85/76 [1979] del Tribunal Europeo de Justicia, caso *Hoffmann-la Roche*, dicha cuota constituye un primer elemento que debe tenerse en cuenta a la hora de analizar ese posible dominio. En concreto, la mencionada sentencia señala:

La existencia de una posición de dominio puede derivar de diversos factores que, tomados por separado, pueden no ser necesariamente determinantes; entre esos factores la existencia de cuotas de mercado muy elevadas es particularmente importante (traducción no-oficial).

Por tanto, la elevada cuota de mercado de IBERIA constituye un primer indicio de la existencia de posición de dominio en el mercado nacional.

El análisis de la posición de dominio debe completarse, según ha explicitado la Comisión Europea en sus Directrices sobre Fusiones de 1977, directrices que son también aplicables al caso, en tres factores fundamentales: la sustituibilidad de la oferta, la sustituibilidad de la demanda y la competencia potencial. La sustituibilidad de la demanda puede considerarse elevada ya que -en principio- los pasajeros son

indiferentes ante los diversos medios de transporte aéreo, lo que opera en contra de la apreciación de una posición de dominio. No obstante, la sustituibilidad de la oferta es muy limitada, al menos en el mercado nacional, como muestran los propios datos sobre cuotas de mercado, que -en este sentido- puede tomarse como indicativos de la inexistencia de una fuerte oferta alternativa, y la existencia de numerosos itinerarios nacionales que solamente son servidos por la compañía IBERIA.

La falta de sustituibilidad del lado de la oferta resulta especialmente clara a la luz de los datos reseñados en el HP 1.3 que muestra la fuerte absorción de derechos de aterrizaje (períodos horarios, en la terminología de la Decisión de la Comisión al caso *Virgin/British Airways*). Esta conclusión es plenamente coherente con el análisis de absorción de derechos de aterrizaje que efectúa la Comisión Europea en los párrafos 30 y siguientes de la citada Decisión.

En conclusión: la elevada cuota de mercado que ostenta IBERIA en el mercado nacional -que, en buena medida, refleja la ausencia de oferta alternativa- unida a la debilidad de los competidores, manifestada en la fuerte absorción por parte de IBERIA de los derechos de aterrizaje en una serie de aeropuertos clave, hace que pueda afirmarse que dicha compañía ostenta una posición de dominio en dicho mercado nacional, en el sentido señalado por la jurisprudencia comunitaria.

Este dominio se produce en la actualidad, y como consecuencia de una serie de circunstancias históricas, pese a que, como correctamente señala IBERIA en la alegación reseñada en el AH 9.6, la compañía ha perdido una importante cuota de mercado en los últimos años.

La posición de dominio en el mercado de transporte aéreo nacional se proyecta sobre el mercado de la intermediación de billetes aéreos ya que los billetes emitidos por la compañía IBERIA constituyen el insumo productivo fundamental con el que han de trabajar las agencias emisoras de billetes de avión. Esto es cierto a pesar de que, como señala IBERIA en la alegación reseñada en el AH 9.2, las agencias de viaje cuentan con fuentes de ingreso derivadas de otras líneas de negocio.

4. La prima Creciberia como elemento fidelizador.

El análisis del posible abuso de dominio debe centrarse en los posibles elementos fidelizadores contenidos en las dos primas variables, Creciberia y Destiberia, que contiene el sistema de retribución

establecido por IBERIA. La prima Creciberia contiene dos elementos que merecen análisis para determinar si contribuyen a debilitar el grado de competencia existente en el mercado. En primer lugar, la prima sólo se aplica cuando el crecimiento de los ingresos brutos por venta de billetes de IBERIA de la agencia en relación con el período precedente es igual o superior al 3%; la función de retribución por ese concepto muestra discontinuidad en el entorno de ese valor del 3%, de tal forma que la retribución de las agencias por el concepto Creciberia salta del 0 al 0,75% cuando el crecimiento de los ingresos por venta de billetes de IBERIA alcanza el 3%. Ello significa que las agencias, que normalmente controlan la información sobre vuelos que pueden ponerse a disposición del cliente, tienen, cuando se encuentran en ese entorno del 3%, un fuerte aliciente para encauzar a sus clientes hacia la compañía IBERIA lo que puede llevar, incluso, a que silencien las ofertas alternativas de otras compañías.

En segundo lugar, la prima Creciberia aumenta linealmente hasta alcanzar un valor máximo del 5%. Si tenemos en cuenta que el valor de la comisión básica es del 7,5%, para los vuelos internacionales, y del 6,5%, para los vuelos internos, resulta que la componente Creciberia puede llegar a ser una parte muy importante de la remuneración total que obtienen las agencias de viajes. Ello significa que, con independencia del problema de la discontinuidad en el entorno del 3% apuntado en el párrafo anterior, las agencias de viajes tienen un importante aliciente para encauzar pasajeros hacia la compañía IBERIA hasta alcanzar esa remuneración máxima del 5%; ello en detrimento de la clientela de otros competidores.

La prima Creciberia actúa, pues, como un elemento fidelizador que tiende a asegurar que los pasajeros, demandantes de transporte aéreo, sigan contratando con la empresa dominante. De esta forma, la prima dificulta la captación de clientes por parte de las nuevas empresas que tratan de capturar cuota de mercado y tiende a perpetuar la posición de dominio de IBERIA en el mercado del transporte aéreo nacional. La prima Creciberia se propone a las agencias de viajes que operan en el mercado de la intermediación de billetes, pero sus efectos distorsionadores de la competencia se producen esencialmente en el mercado del transporte aéreo; en este sentido la posición de dominio de IBERIA en ese mercado se proyecta sobre el mercado conexo de la intermediación de billetes y la práctica adquiere un carácter abusivo.

La prima Destiberia se propone en relación con el mercado internacional, mercado para el que el Tribunal considera que no se ha acreditado la existencia de una posición de dominio a favor de IBERIA;

por ello, dicha prima no será tomada en cuenta en el resto del expediente.

5. Las primas de fidelización en la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia.

El Tribunal Europeo de Justicia ha tratado el problema de las primas de fidelización en numerosas ocasiones. En concreto, la Sentencia de 13 de febrero de 1979, en el caso 85/76, *Hoffmann-La Roche contra la Comisión Europea*, contiene una amplia discusión sobre las primas y los descuentos que resultan permisibles para empresas que ostentan posición de dominio. En términos generales puede decirse que el Tribunal Europeo se pronuncia (párrafo 155 b) en contra de la admisibilidad de aquellas primas y descuentos que tienen por objeto obtener la fidelidad del cliente y no la de capturar algún tipo de economía de escala. En concreto, el Tribunal Europeo analiza las primas que tienen como contrapartida la concesión de una exclusiva de suministro y aquellas que no parecen justificarse por el objetivo de disminuir costes; entre éstas, analiza las que, por imponerse desde las primeras compras, parecen excluir ese elemento de menor coste y llega a la conclusión (& 167) de que la Comisión ha obrado correctamente al considerar que ha existido un abuso de posición de dominio por haber ligado *Hoffmann-La Roche* al 20% de sus compradores mediante primas de ese tipo.

La Sentencia de 9 de noviembre de 1983, en el caso 322/82, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin contra la Comisión Europea*, el redactor del Tribunal Europeo, apoyándose en el precedente de *Hoffmann- La Roche*, concluye:

Michelin NV con pleno conocimiento, y a través de métodos diferentes de aquellos que caracterizan la competencia normal en los bienes o servicios sobre la base de los agentes económicos, trató de asegurarse de que su sistema de descuento perturbara “el mantenimiento del grado de competencia que todavía existe en el mercado o el crecimiento de la competencia”. Comparto el punto de vista de la Comisión en el sentido de que el sistema de descuento aplicado por Michelin NV puede ser considerado un “descuento de fidelidad”.... Personalmente creo que incluso puede decirse que existió la clara intención por parte de Michelin NV de congelar la estructura del mercado con el propósito de mantener su cuota de mercado (apartado 124, final; traducción no oficial).

Esta conclusión se justifica previamente, en el párrafo 122 B de la Sentencia, de la siguiente forma:

Mayor importancia tiene, desde mi punto de vista, el hecho de que los descuentos anuales y bonos avanzados -ciertamente en la medida en que dependen parcialmente de los objetivos de venta acordados conjuntamente para el año en cuestión- son, por su naturaleza, completamente distintos de los descuentos puramente cuantitativos basados en la cuantía de cada orden separada. Mientras que el segundo tipo de descuentos puede ser justificado por claras reducciones de coste, éste no es necesariamente el caso cuando se trata de descuentos cuantitativos puramente periódicos basados en las ventas de un determinado período Además, por su propia naturaleza, cualquier sistema de descuentos cuantitativos periódicos supone presión para que los compradores adquieran lo más posible del fabricante en cuestión. Si, como ocurre en el presente caso, la cuota de mercado del fabricante en cuestión es superior a la del conjunto de todos sus competidores, la oferta de condiciones más generosas por parte de esos competidores apenas será suficiente para contrarrestar el efecto succión del sistema de descuentos periódicos (traducción no oficial).

Las consideraciones realizadas por el Tribunal de Luxemburgo son, en gran medida, aplicables al caso que se analiza en el presente expediente. En primer lugar, y dadas las características del funcionamiento del mecanismo de reserva de las agencias de viaje, basado en transacciones electrónicas, sin ningún elemento de transporte físico, la comisión Creciberia no puede justificarse sobre la base de que contribuye a la reducción de costes. Dicha comisión constituye un sistema de descuentos periódicos en el sentido criticado por la sentencia *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*. Es cierto que la comisión Creciberia no comparte con el mecanismo *Hoffmann-La Roche* la característica de computarse desde la primera operación, sino a partir del umbral del 3% de incremento de las ventas de la agencia en relación con el periodo precedente; sin embargo, por las mismas razones del funcionamiento de las agencias, dicho umbral no tiene ninguna justificación en los costes pero sí el elemento de opacidad (incitación a que las agencias no revelen al cliente la existencia de ofertas alternativas) que se ha puesto de relieve en el FD 4; el sistema Creciberia, al igual que el de *Michelin*, tiene, pues, un importante efecto succión. El sistema comparte con el caso *Michelin* la característica de ejercer presión para que los compradores adquieran lo más posible del fabricante en cuestión. El Tribunal Europeo encuentra criticable, en el caso *Michelin*, la opacidad del sistema de

descuentos utilizado; en el caso que se analiza, las comisiones no son opacas para la propia agencia de viajes que se beneficia de ellas, pero existe también un elemento de opacidad para el mercado general derivado del hecho de que, como se señala en el HP 3.2, el valor x_{MAX} y, en consecuencia la pendiente $-\beta$ - de la función de crecimiento de la prima Creciberia, se determina en negociaciones bilaterales con cada empresa.

En resumen, el Tribunal considera que el sistema de comisión Creciberia comparte muchas de las características fidelizadoras que han sido consideradas reprobables por la jurisprudencia europea cuando se producen en el seno de situaciones de dominio del mercado. En este sentido, el sistema Creciberia constituye un abuso de posición de dominio.

El abuso de la posición de dominio consiste en el establecimiento de unas primas de fidelidad que, aunque operan en el mercado de la intermediación en la venta de títulos de transporte aéreo, perturban los mecanismos de competencia en el mercado de transporte aéreo, perjudicando a los usuarios (viajeros) y a los competidores (otras líneas aéreas) que actúan en ese segundo mercado. Este es el abuso de posición de dominio imputado por el Servicio en su Informe-Propuesta, imputación que se realiza atendiendo a los efectos sobre el orden público económico que se plantean en el expediente y que el Tribunal considera correcta. Lo anterior no implica que IBERIA haya abusado de una supuesta posición de dominio frente a las agencias de viaje. En este sentido, el Tribunal comparte las alegaciones de IBERIA reseñadas en el AH 9.3 ya que, en efecto, se trata de una negociación bilateral en la que la gran mayoría de agencias de viaje del país han actuado de forma colectiva, por lo que su peso negociador, incluso comparado con el de la empresa IBERIA, es muy considerable. Es más, y aunque este aspecto no ha podido ser analizado en el expediente al no encontrarse imputadas las agencias de viaje, el Tribunal constata que una actuación conjunta de esa naturaleza podría constituir una práctica incurso en la prohibición del art. 1 LDC de la que serían responsables dichas agencias de viajes.

Del párrafo anterior se deduce que son improcedentes las afirmaciones realizadas por UCAVE y SPANAIR, reseñadas en los AH 10.2, 10.3 y 11.4, relativas a la supuesta falta de libertad de acción por parte de esas agencias y a los supuestos daños causados a esas agencias por unas comisiones excesivamente bajas. Lo que se imputa a IBERIA es la aplicación de unas comisiones que contienen importantes elementos fidelizadores, no el nivel de esas comisiones, que tanto IBERIA (AH

9.7.1) como UCAVE y SPANAIR (AH 10.3 y 11.3) consideran que son inferiores a las del mercado.

Debe señalarse, por último, que el anterior análisis se basa, entre otros precedentes y tal y como se ha señalado anteriormente, en las sentencias del Tribunal Europeo en los casos *Hoffmann-La Roche* y *Michelin* y en la Decisión de la Comisión en el caso *Virgin/British Airways*. La teoría económica ha establecido unas características de funcionamiento del monopolio y del oligopolio que son, esencialmente, equivalentes cuando se opera del lado de la oferta o de la demanda. Por ello, las alegaciones de IBERIA (resumidas en el AH 9.5) en el sentido de que la Comisión Europea se equivoca al aplicar a un demandante (*British Airways*) la doctrina desarrollada para un oferente (*Michelin* o *Hoffmann-La Roche*) parecen inadecuadas a este Tribunal.

6. Por las razones aducidas en los párrafos anteriores, el Tribunal estima que IBERIA ha incurrido en una conducta prohibida por el art. 6 LDC al establecer, mediante la prima variable llamada Creciberia, que se abona a las agencias de viajes que alcanzan determinadas cifras de facturación, un mecanismo de fidelización de dichas agencias que altera la competencia en un mercado, el del transporte aéreo nacional, en el que rigen unas frágiles condiciones de competencia y en el que IBERIA ostenta posición de dominio. En consecuencia, y de acuerdo con el art. 10.1 LDC, el Tribunal ha decidido sancionar esa conducta, intimar a IBERIA para que cese en ella y además la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución.
7. La LDC, en su art. 10.2, establece que la sanción deberá fijarse atendiendo a:
 - a) *La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.*
 - b) *La dimensión del mercado afectado.*
 - c) *La cuota de mercado de la empresa correspondiente.*
 - d) *El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.*
 - e) *La duración de la restricción de la competencia.*
 - f) *La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.*

En cuanto a la modalidad de la infracción, el Tribunal considera que la práctica que se sanciona, aún siendo grave, no se encuentra entre los supuestos más graves que prevé la Ley, entre los que normalmente suelen incluirse las prácticas tendentes a la fijación conjunta de precios o la imposición de precios abusivos desde una posición de dominio.

En cuanto al mercado afectado, los datos que obran en el expediente muestran que IBERIA abonó, en el año 2.000, más de 20.000 millones de pesetas (120,20 millones de €) en comisiones, de los que, aproximadamente, 11.500 (69,11 millones de €) corresponden a comisiones nacionales y 8.500 (51,08 millones de €) a comisiones internacionales. Como se ha señalado en los FD 2 y 3, el Tribunal considera que el mercado de la intermediación nacional, cuya cifra de negocios viene dada por la del conjunto de comisiones percibidas por las agencias en vuelos nacionales, constituye el mercado de referencia a efectos del presente expediente.

Como se ha señalado en el HP 1, la cuota de IBERIA en el mercado nacional, medida a través del número de pasajeros transportados, ha oscilado en los últimos años entre el 73,3 y el 64,8%. Esas cifras pueden tomarse como buenos indicadores de las cuotas de IBERIA en el mercado de intermediación de billetes y pago de comisiones.

El sistema de retribución sancionado ha sido aplicado, como se señala en el HP 3, entre junio de 1998 y junio de 2001.

El punto f) del art. 10.2 LDC no es de aplicación al caso por tratarse de una conducta continua, no reiterada.

Tras considerar todos los factores arriba indicados, el Tribunal ha decidido imponer a IBERIA una sanción de 700.000 €.

VISTOS los preceptos legales señalados y los demás de general aplicación, este Tribunal por mayoría

HA RESUELTO

1. Declarar que IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. ha incurrido en una conducta prohibida por el art. 6 LDC al establecer, mediante la prima variable llamada Creciberia, que se abona a las agencias de viajes, un mecanismo de fidelización de dichas agencias que altera la competencia en un mercado, el del transporte aéreo nacional, y en el que IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. ostenta posición de dominio.

2. Imponer a IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A., como autora de esa conducta, una sanción de 700.000 €.
3. Intimar a IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. para que cese en dicha conducta.
4. Ordenar a IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. la publicación, a su costa y en el plazo máximo de tres meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el BOE y en la sección de economía de dos diarios de información general y difusión nacional.

En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 300 € por cada día de retraso en la publicación.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.